

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130036-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz
und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
K. Würsch

Beschlüsse vom 16. August 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen eine Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Winterthur
vom 22. April 2013 (EE130030-K)**

Rechtsbegehren:
(Urk. 1 sinngemäss)

Den Parteien sei das Getrenntleben zu bewilligen, unter Regelung der Nebenfolgen.

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. April 2013:

(Urk. 19 S. 3 ff.)

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 5. März 2013 getrennt leben.
2. Die eheliche Wohnung an der C.____-Strasse ... in D.____ wird samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Beklagten [recte: Klägerin] zur alleinigen Benützung zugewiesen.
3. Die Kinder E.____, geb. tt.mm.2004, und F.____, geb. tt.mm.2010, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.
4. Es wird vorgemerkt, dass sich die Parteien über das dem Kläger [recte: Beklagten] zustehende Besuchsrecht untereinander einigen. Falls eine Einigung nicht zustande kommt, gilt folgende Regelung:
Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Kinder E.____ und F.____ am ersten und dritten Wochenende jeden Monats sowie zusätzlich in den Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag sowie jährlich am 26. Dezember auf eigene Kosten zu sich auf Besuch zu nehmen.
Ferner wird ihm das Recht eingeräumt, die Kinder jährlich während 14 Tagen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sie und die Kinder monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'400.– (davon je Fr. 800.– für die Kinder), je zuzüglich allfällige Kinderzulagen, zu entrichten, zahlbar erstmals am 1. Mai 2013.
6. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
7. (Mitteilungssatz)
8. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage, ohne Stillstand)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 18 S. 2 f.):

- "1. Es sei Dispositiv Ziff. 5 des Urteils vom 22.04.2013 des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Winterthur aufzuheben und im Sinne von Art. 318 lit. c. Ziff. 2 ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Eventualiter: Es sei Dispositiv Ziff. 5 des Urteils vom 22.04.2013 des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Winterthur aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Beklagte und Berufungskläger mangels Leistungsfähigkeit derzeit nicht in der Lage ist, der Klägerin und Berufungsbeklagten für sie und die beiden Kinder Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, weshalb sowohl auf die Zusprechung eines persönlichen Unterhaltsbeitrages an die Berufungsbeklagte als auch auf die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen für die Kinder zu verzichten sei.
2. Die restlichen Ziffern des Dispositives werden nicht angefochten.
3. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm in der Person der Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 28 S. 2):

- "1. Auf die Berufung sei nicht einzutreten;
2. eventualiter sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen;
3. der Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. Juli 2002. Aus ihrer Ehe sind die beiden Kinder E._____, geboren am tt.mm.2004, und F._____, geboren am tt.mm.2010, hervorgegangen. Seit dem 5. März 2013 standen die Parteien vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1; Geschäfts-Nr. EE130030). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. April 2013 schlossen sie eine Vereinbarung über die Regelung des Getrenntlebens im Sinne von Art. 175 f. ZGB (Prot. EE130030 S. 4; Urk. 9). Mit Urteil vom selben Datum verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter), der Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Klägerin) ab Mai 2013 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'400.00 (davon je Fr. 800.00 für die Kinder), je zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zu entrichten (Urk. 11=19 S. 4, Dispositiv-Ziff. 5). Das von der Vorinstanz angefertigte Berechnungsblatt (Urk. 10) enthält die Bemerkung: "Herr A._____ beabsichtigt auf einem Bauernhof in G._____ (Hr. H._____) zu arbeiten. Kost und Logis sind in den Fr. 4'000.– inbegriffen. 22.04.2013/ib". Anlässlich der Verhandlung erklärte der Beklagte zu Protokoll, es gehe ihm wieder besser und er beabsichtige, auf dem Bauernhof von Herrn H._____ in G._____ zu arbeiten, auf welchem er mit 16 Jahren bereits einmal tätig gewesen sei. Er könne mit dieser Tätigkeit ca. Fr. 4'000.– pro Monat verdienen, Kost und Logis inbegriffen (Prot. I S. 4). Der Bedarf des Beklagten wird auf dem Berechnungsblatt mit Fr. 1'557.– ausgewiesen (Urk. 10).

2. Gegen die von der Vorinstanz im Urteil vom 22. April 2013 entsprechend der Getrenntlebensvereinbarung auferlegte Unterhaltsverpflichtung erhob der Beklagte mit Eingabe vom 13. Mai 2013 fristgerecht Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (Urk. 18). Am 28. Juni 2013 erstattete die Klägerin innert Frist die Berufungsantwort mit den vorstehend aufgeführten Anträgen (Urk. 28). Die Berufungsantwort wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 5. Juli 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 29).

3. Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz geltend gemacht werden sowie die unrichtige Feststellung des für den angefochtenen Entscheid massgeblichen Sachverhaltes. Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden. Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten (BGE 138 III 625 E. 2.2). Unechte Noven können nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können bis zur Phase der Urteilsberatung nur noch echte Noven vorgebracht werden (BGE 138 III 788 E. 4.2; Hohl, a.a.O., Rz 1172).

II.

1.1. Der Beklagte rügt unter Verweis auf Urk. 10, die Vorinstanz sei bei ihm fälschlicherweise von einem Einkommen von Fr. 4'000.00 und von einem Bedarf von Fr. 1'557.00 ausgegangen (Urk. 18 S. 4, S. 8). Er habe anlässlich der Verhandlung lediglich angenommen, er könne auf dem Bauernhof von H._____ eine entsprechend entlohnte Tätigkeit einschliesslich Kost und Logis aufnehmen, eine Hoffnung, die sich mit der schriftlichen Absage vom 13. Mai 2013 zerschlagen habe (Urk. 18 S. 4 f.). Er sei nach wie vor ohne Arbeit und habe wenig Chancen auf Arbeitslosenunterstützung (Urk. 18 S. 6). Bis 31. Mai 2013 sei er krankgeschrieben (Urk. 18 S. 5). Damit sei der von der Vorinstanz erhobene Sachverhalt in wesentlichen Teilen nicht vollständig. Er habe sich über wesentliche Grundlagen geirrt, die einen wesentlichen Einfluss auf sein Einkommen und seinen Bedarf hätten. Die Vorinstanz habe unter Hinweis auf die Untersuchungsmaxime zusätzliche Beweismittel abzunehmen (Urk. 18 S. 8).

1.2. Die Klägerin beantragt, auf die Berufung sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen (Urk. 28 S. 2). Sie ist der Auffassung, der Beklagte vermöge nicht dazulegen, dass er sich bei Abschluss der Vereinbarung in einem Irrtum befunden habe (Urk. 28 S. 2). Nachdem der Beklagte in der Vergangenheit einen weit höheren Lohn oder zumindest einen ebenbürtigen Lohn erzielt habe, sei offenbar nicht nur der Beklagte, sondern auch die Vorinstanz zu Recht von dem von ihm angegebenen Lohn von Fr. 4'000.00 ausgegangen. Ob dieser tatsächlich erzielt werde, sei nicht relevant, da auch ohne konkrete Arbeitsstelle von einem hypothetischen Einkommen in dieser absolut angemessenen Höhe auszugehen wäre (Urk. 28 S. 3). Die Vorinstanz habe richtig erkannt und vermerkt, dass es sich dabei von Anfang an um ein geschätztes Einkommen gehandelt habe. Auch könne der Beklagte Leistungen der Arbeitslosenkasse von rund Fr. 4'000.00 in Anspruch nehmen. Der Beklagte verhalte sich widersprüchlich, wenn er anlässlich der Eheschutzverhandlung darlege, bei einem Bauern eine Arbeitsstelle in Aussicht zu haben und nach Absage der Arbeitsstelle vorgebe, gar nicht arbeitsfähig zu sein. Der Beklagte habe dargetan, dass er in naher Zukunft keine Mietkosten habe, mithin die Vorinstanz seinen Notbedarf bezüglich Wohnkosten zutreffend berechnet habe. Insgesamt sei weder ein Irrtum noch eine ungenügende Sachverhaltsermittlung durch die Vorinstanz ersichtlich, da die wesentlichen Fakten auf dem Tisch gelegen hätten. Die Berechnung der Unterhaltsbeiträge (Urk. 10) sei zutreffend (Urk. 28 S. 4).

2.1. In einem Schreiben vom 13. Mai 2013 bestätigt H._____, dass sich der Beklagte am 21. April 2013 nach einer offenen Arbeitsstelle auf seinem Landwirtschaftsbetrieb erkundigt habe, worauf dem Beklagten auf seine telefonische Anfrage hin am 23. April 2013 eine Absage habe erteilt werden müssen (Urk. 21/2). Demnach hat der Beklagte wider Erwarten die Arbeitsstelle auf dem Bauernhof von H._____ in G._____ mit einem Lohn von Fr. 4'000.00, Kost und Logis inbegriffen, nicht erhalten (Prot. EE130030 S. 4; Urk. 10 und 21/2). Diese Absage stellt eine neue Tatsache dar, welche seitens der Klägerin unbestritten blieb und im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO als echtes Novum zu beachten ist (vgl. oben Erw. I.3.). Hinsichtlich des Einkommens des Beklagten, insbesondere der Frage der ihm möglichen Arbeitstätigkeit, seines allfälligen Anspruchs auf Krankentaggelder oder Arbeitslosentschädigung, bestehen – da vom Stellenantritt auf dem Bauernhof ausge-

gangen wurde – keine weiteren Sachverhaltsabklärungen. Auch erhält der Beklagte nicht die erwartete Kost und Logis auf dem Bauernhof, weshalb sich in Bezug auf seinen Bedarf die Frage stellt, ob und in welcher Höhe Wohnkosten und Berufsauslagen einzuberechnen sind. Es sind neue, von der Vorinstanz nicht vorgenommene Sachverhaltsabklärungen zum (erzielten oder erzielbaren) Einkommen und zum Bedarf des Beklagten nötig. Weil sich der Sachverhalt damit in wesentlichen Teilen als unvollständig erweist und die Parteien – würde die Berufungsinstanz die Sachverhaltsabklärungen selber tätigen – um eine Instanz gebracht würden, rechtfertigt es sich vorliegend, die Sache in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zur Vervollständigung des Sachverhalts und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 318 ZPO N 29 und 35 m.w.H.). Bei der neuerlichen Beurteilung wird die Vorinstanz demnach den Umstand zu berücksichtigen haben, dass der Beklagte die Stelle mit dem der Vereinbarung bzw. dem angefochtenen Entscheid zugrunde gelegenen Einkommen nicht erhalten hat.

2.2. Die Erledigung des Eheschutzverfahrens erfolgte nicht durch Abschreibung infolge Abschlusses einer Trennungsvereinbarung der Parteien vom 22. April 2013. Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten vielmehr in Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils vom selben Datum zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 2'400.00, davon je Fr. 800.00 für die Kinder (vgl. Urk. 11 S. 4). Sie erledigte das Verfahren damit – unter Zugrundelegung der Trennungsvereinbarung als gemeinsamer Parteiantrag – auch betreffend die der Dispositionsmaxime unterstehenden Ehegattenunterhaltsbeiträge autoritativ. Ein allfällig dem Parteiantrag des Beklagten zugrunde gelegener (wesentlicher) Irrtum führt zur Unwirksamkeit desselben, beschlägt aber die Verfahrenserledigung an sich nicht. Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, dass die angefochtene Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. April 2013 in Gutheissung der Berufung vollumfänglich – hinsichtlich der Ehegatten- als auch Kinderunterhaltsbeiträge – aufzuheben sowie zur Vervollständigung des Sachverhaltes und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

3. Überdies ist die Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass – auch bei Vorliegen einer Trennungsvereinbarung der Parteien – eine Entscheidungsbegründung zu erfolgen hat, welche kurz die wesentlichen Überlegungen nennen muss, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 53 ZPO N 13 f. sowie Art. 239 ZPO N 16 m.w.H.). Zu einer solchen gehört vor allen Dingen die Aufführung der zugrunde gelegten (tatsächlichen oder hypothetischen) Einkommens- und Bedarfszahlen der Parteien. Daran fehlt es vorliegend (vgl. Urk. 11=19 S. 2 f.).

4. Die Dispositiv-Ziffern 1-4 und 6 des Urteils des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. April 2013 blieben unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind, wovon Vormerk zu nehmen ist.

III.

1. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (Art. 106 ZPO). Mit der Aufhebung der angefochtenen Dispositiv-Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils ist der Beklagte als im Berufungsverfahren obsiegende Partei zu betrachten. Die Klägerin, welche auf Nichteintreten und eventualiter auf Abweisung der Berufung schloss, unterliegt und ist demzufolge kosten- und entschädigungspflichtig.

2. Gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO ist im Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen. Beide Parteien stellten ein entsprechendes Gesuch (Urk. 1 S. 2; Urk. 26A/B S. 2 und Urk. 28 S. 2). Da der Beklagte zufolge Obsiegens vorliegend nicht kostenpflichtig wird, ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gegenstandslos geworden. Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung sowie das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist hingegen nachfolgend zu prüfen.

3.1. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem

Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

3.2. Der Beklagte bat seinen Arbeitgeber, die I._____, am 5. März 2013 um die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses und dieses wurde per 31. März 2013 beendet (Prot. EE130030 S. 4; Urk. 6/2 und 21/4-5). Ab 1. April 2013 bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 20. April 2013 war er bei der J._____ GmbH tätig (Urk. 3/48 und 21/6). In der Folge war der Beklagte vom 22. April bis am 31. Mai 2013 zu 100% krankgeschrieben (Urk. 21/3). Gemäss eigenen Angaben verfügte er zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung über kein Einkommen. Eine Anmeldung beim Sozialamt war erfolgt. Ein allfällig ihm zustehendes, aber noch nicht abgeklärtes bzw. angemeldetes Krankentaggeld schätzt er – ausgehend von seinem letzten Bruttolohn von Fr. 4'700.00 – auf Fr. 4'000.00 (Urk. 18 S. 8 f. und 21/8). Ob seine derzeitige Einkommenslosigkeit selbstverschuldet ist resp. dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen wäre, ist im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu beantworten: Die Anrechnung fiktiver (bzw. hypothetischer) Einkommen und Vermögen ist nicht zulässig (vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 117 ZPO N 4). Folglich ist der Beklagte – da die Parteien auch über kein nennenswertes Vermögen verfügen (Urk. 21/10) – als mittellos zu betrachten. Wie erwähnt gilt er als im Berufungsverfahren obsiegende Partei, weshalb die fehlende Aussichtslosigkeit seines Begehrens zu bejahen ist. Da er auch auf anwaltlichen Beistand angewiesen war, ist ihm die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu bewilligen und es ist ihm Rechtsanwältin lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.

3.3. Die Klägerin erzielt kein eigenes Einkommen und wird seit März 2013 von der Sozialhilfe unterstützt (Prot. EE130030 S. 4; Urk. 28 S. 5). Gemäss Eheschutzurteil wurden ihr monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'400.00 zugesprochen. Da sich bereits die Grundbeträge der Klägerin mit den beiden Kindern auf Fr. 2'150.00 belaufen (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009), ist sie im armenrechtlichen Sinne als mittellos anzusehen. Im

Weiteren kann die von der Klägerin im Berufungsverfahren eingenommene Rechtsposition nicht als von vornherein aussichtslos angesehen werden und sie war – insbesondere da der Beklagte anwaltlich vertreten war – zur Wahrung ihrer Rechte auf einen Rechtsbeistand angewiesen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Klägerin ist somit im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

4.1. Die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5, § 6 Abs. 2 lit. b, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.00 festzusetzen und der Klägerin aufzuerlegen, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Klägerin ist darauf hinzuweisen, dass sie gemäss Art. 123 ZPO zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

4.2. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die entschädigungspflichtige Partei nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an die Gegenpartei (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO), weshalb die Klägerin entsprechend der Kostenverteilung zu verpflichten ist, dem Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 1'500.00 festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1-4 und 6 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 22. April 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
3. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

4. Der Klägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Beschluss.

Sodann wird beschlossen:

1. Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. April 2013 wird aufgehoben und die Sache zur Sachverhaltsergänzung und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Klägerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen
Eine Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: js